

Sentencia T-531-09

Referencia: expediente T-2003739

Acción de tutela instaurada por Gloria Cristina Cortés Álvarez, en representación del menor Wilmar Santiago Cortés Álvarez, contra la ESE Federico Lleras Acosta.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C. seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, Juan Carlos Henao Pérez y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, especialmente las de los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Ibagué.

I. ANTECEDENTES

La señora Gloria Cristina Cortés Álvarez identificada con cédula de ciudadanía n. 28.554.242 de Ibagué interpuso acción de tutela obrando en nombre y representación de su hijo menor Wilmar Santiago Cortés Álvarez. Sustenta su solicitud en los siguientes

Hechos

1.- Wilmar Santiago Cortés Álvarez tiene cinco años de edad y está afiliado a la ESE Hospital Federico Lleras Acosta, perteneciendo al SISBEN nivel 2.

2.- Wilmar Santiago Cortés Álvarez padece de síndrome nefrótico, trastorno que se caracteriza por niveles altos de proteína en la orina, niveles bajos de proteína en la

sangre, hinchazón de los tejidos y colesterol alto.

3.- Debido a esta enfermedad el niño requiere tratamiento médico constante, entre lo que se cuenta cita con el especialista en nefrología pediátrica cada 15 días, con un valor de \$21.300 cada cita; exámenes de albumina, colesterol total, creatina, proteinuria, triglicéridos y parcial de orina, con un valor de \$29.900 y una periodicidad de 15 días.

4.- Para el tratamiento del síndrome nefrótico se requiere además de medicamentos como la prednisolona (seis tabletas diarias aproximadamente), sucralfote (3 tabletas diarias aproximadamente) y nifedipina (15 tabletas diarias aproximadamente), aunque últimamente le habían suspendido todos los medicamentos excepto la prednisolona -folio 34-

5.- Debido a la atención constante que requiere el menor, la accionante renunció a su trabajo, razón por la cual tiene serias dificultades para cancelar los dineros de los exámenes, la cita con la especialista y las demás atenciones que son necesarias para garantizarle un tratamiento integral.

Solicitud de tutela

Por lo anterior la accionante solicita la protección de los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y la seguridad social de su hijo Wilmar Cortés Álvarez y, en consecuencia, le sean practicados los exámenes de albumina, colesterol total, creatina, proteinuria, triglicéridos y parcial de orina de forma gratuita y con una periodicidad quincenal, así como que sea atendido por la especialista en nefrología pediátrica de forma gratuita con una periodicidad también quincenal.

Respuesta de la ESE Federico Lleras Acosta.

A través de apoderada, la ESE Federico Lleras Acosta se pronunció respecto de la acción constitucional en los siguientes términos:

* El Hospital es una Empresa Social del Estado cuyo objeto social lo constituye la venta de servicios de salud a las diferentes EPS y Secretarías de Salud del Tolima, por tanto no

es el competente para asumir el costo de los servicios que demande el accionante, ya que dicha facultad le compete a la EPS o a la Secretaría de Salud del Tolima.

* El Hospital cuenta con la capacidad de practicar los exámenes solicitados, lo que siempre hará de acuerdo al contrato que tenga con la EPS o la respectiva Secretaría de Salud y de acuerdo con la categoría a que pertenezca el beneficiario.

* En concordancia con lo anterior, el Hospital debe obtener la cuota de recuperación del paciente correspondiente a su nivel de pobreza, siendo en el nivel 2 del SISBEN el 10% del valor de los servicios, sin que este valor exceda de dos salarios mínimos legales vigentes.

* El Hospital cuenta con los medicamentos requeridos para el tratamiento del síndrome nefrótico, los cuales suministrarán tan pronto sea ordenado por la Secretaría de Salud del Tolima.

II. ACTUACIONES PROCESALES

Primera instancia

Por medio de sentencia de 20 de mayo de 2008 el Juzgado Sexto Laboral del Circuito denegó el amparo solicitado, por considerar que el Hospital Federico Lleras Acosta ha prestado los servicios de salud al menor Wilmar Cortés Álvarez; que es contra la EPS en que se encuentra afiliado su hijo que debe interponerse la acción de tutela, no siendo ésta el Hospital Rodrigo Lleras por se una IPS, que simplemente presta servicios de salud con base en contratos que haya realizado con una o varias EPS.

Respecto de la gratuidad de los servicios manifestó el fallo que de acuerdo al nivel en que están la actora y su hijo -nivel 2 del SISBEN- les corresponde asumir una parte de los costos de los servicios médicos y el pago de las cuotas moderadoras.

Estas fueron las razones que guiaron al a quo a concluir que no se presentaba vulneración de derecho fundamental alguno por parte del Hospital Federico Lleras Acosta.

Pruebas

Las pruebas que se aportaron al trámite de la referencia fueron las siguientes:

i. Cédula de ciudadanía de la señora Gloria Cristina Cortés Álvarez -folio 2 cuaderno principal-.

ii. Carné perteneciente a Wilmar Santiago Cortés Álvarez que acredita su pertenencia al nivel 2 del SISBEN -folio 3 cuaderno principal-.

iii. Carné perteneciente a la señora Gloria Cristina Cortés Álvarez que acredita su pertenencia al nivel 2 del SISBEN -folio 4 cuaderno principal-.

iv. Registro civil de nacimiento que acredita que el niño Wilmar Santiago Cortés Álvarez es hijo de Gloria Cristina Cortés Álvarez -folio 5 cuaderno principal-.

v. Facturas de pago de exámenes de laboratorio como se relacionan a continuación:

Abril 29 de 2008	\$33900 -folio 8-
------------------	-------------------

Abril 01 de 2008	\$30500 -folio 11-
------------------	--------------------

Marzo 11 de 2008	\$29900 -folio 16-
------------------	--------------------

i. Solicitud de citas para nefrología pediátrica como se relacionan a continuación

Febrero 26 de 2008

Abril 02 de 2008

Abril 30 de 2008

i. Facturas de pago de citas médicas con especialista como se relacionan a continuación

Marzo 12 de 2008	\$21300 -folio 18-
------------------	--------------------

Abril 21de 2008	\$21300 -folio 10-
-----------------	--------------------

Abril 30 de 2008	\$21300 -folio 30-
------------------	--------------------

i. Órdenes médicas prescribiendo exámenes y medicamentos requeridos -folios 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 28-.

i. Historia clínica del menor Wilmar Cortés Álvarez en cuaderno anexo de 96 folios.

i. Certificación de pertenencia del menor Cortés Álvarez al Régimen Subsidiado del Municipio de Ibagué -folio 23 del cuaderno de Revisión-.

i. Oficio del FOSYGA que informa de la afiliación de Wilmar Santiago Cortés Álvarez al régimen subsidiado de salud -folio 27 cuaderno de Revisión-.

i. Listado de autorizaciones de atención médica a Wilmar Santiago Cortés Álvarez -folio 28 y 29 del cuaderno de Revisión-.

i. Concepto de la Dra. Idaly Parra -folios 34 y 35-, médica tratante del menor en el Hospital Federico Lleras Acosta, en donde establece que:

i. se trata de un menor con síndrome nefrótico idiopático –“con primera recaída en diciembre de 2008”;

ii. requiere controles mensuales de nefrología pediátrica con resultado de los exámenes de laboratorio de albúmina, colesterol, triglicéridos y proteinuria en orina de 24 horas;

iii. requiere control cada tres meses de nefrología pediátrica con resultado de exámenes de nitrógeno uréico, creatina sérica y depuración de creatina.

iv. debe continuar con prednisolona.

Actuaciones en sede de Revisión por parte de la Corte Constitucional

Por medio de auto de nueve de diciembre de 2008 se ordenó poner en conocimiento de la Secretaría de Salud de Ibagué y la Secretaria de Salud del Departamento del Tolima la presente acción de tutela, así como ordenar al hospital Federico Lleras Acosta que remita la historia clínica del menor Wilmar Cortés Álvarez.

Por medio de comunicación allegada el día dos de febrero de 2009 la Secretaría Jurídica de la Alcaldía de Ibagué respondió que el menor se encuentra registrado en la base de datos como perteneciente al nivel dos del SISBEN y, por consiguiente, tiene derecho al POS subsidiado folio 19 y 20 de cuaderno de Revisión-.

En oficio enviado por al Secretaría de Salud del Departamento de Tolima como respuesta al requerimiento hecho por la Corte, se informó que los servicios y tratamientos autorizados son sufragados por la Secretaría de Salud departamental.

Posteriormente, por medio de auto de 25 de marzo de 2009, se decidió vincular a Cafesalud EPS S.A., entidad administradora del régimen subsidiado a la cual se encuentra afiliado el menor Wilmar Santiago Cortés Álvarez, que respondió por medio de oficio recibido el 14 de abril de 2009. En el mismo manifestó que no había sido requerida para prestar ninguno de los servicios que necesita el menor Cortés Álvarez por cuanto ninguno de los mismos se encuentra incluido en el POS Subsidiado y, por consiguiente, son

responsabilidad de las instituciones de salud de las entidades territoriales –folios 41 y 42 del cuaderno de Revisión-.

Son estas las actuaciones y pruebas que la Corte tendrá en cuenta en la resolución del presente caso.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y problema jurídico

En el presente caso la señora Gloria Cristina Cortés Álvarez, en representación de su hijo Wilmar Santiago Cortés Álvarez, interpuso acción de tutela para salvaguardar el derecho fundamental a la salud y a la vida digna del menor.

Relata la accionante que su hijo sufre de síndrome nefrótico, afección que le obliga a realizarse con una periodicidad mensual exámenes de laboratorio, a solicitar citas con especialista en nefrología pediátrica y a suministrarle diariamente medicamentos como prednisolona, sucralfote, y nefedipina, entre otros.

Manifiesta que debido al tratamiento que debe brindarse a su hijo tuvo que renunciar a su trabajo, lo que dificulta bastante el pago de las cuotas moderadoras y los copagos que debe asumir en realización de los controles, exámenes y compra de medicamentos necesarios para el tratamiento del menor. Su difícil situación la comprueba el hecho de que tanto ella como el menor se encuentran afiliados en el nivel 2 del SISBEN, razón por la que solicita sea reconocido el amparo a los derechos de su hijo.

El problema jurídico que la Corte debe resolver si en el caso en concreto es viable exonerar del pago de las cuotas moderadoras y de los copagos al menor Wilmar Santiago Cortés Álvarez en razón de la imposibilidad que tiene su madre asumir de forma

permanente este costo.

Para dar resolución al mismo la Corte hará una breve referencia i) al derecho fundamental a la salud de los niños, ii) a la responsabilidad de las entidades de salud en los casos de tratamientos y medicamentos no incluidos en el POS subsidiado, iii) al sistema de pago de cuotas moderadoras y copagos en este régimen, iv) el principio de integralidad en los tratamientos de salud y, finalmente, v) resolverá el caso concreto.

3. El derecho fundamental a la salud de niños y niñas. Reiteración Jurisprudencial.

En sucesivas oportunidades, la Corte Constitucional ha tenido la ocasión de resaltar la importancia de los derechos fundamentales de los niños y no pocas veces ha protegido tales derechos¹ subrayando, de paso, la múltiple categorización que la Norma Superior realiza de las garantías contempladas para los menores²: los niños gozan de todos los derechos que se establecen en la Constitución y, por virtud de lo dispuesto en el artículo 93 superior, de aquellos que han sido consignados en los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno. Esta protección se ve reforzada en el artículo 44 en donde se contienen de manera enumerativa, aun cuando no excluyente, toda una serie de derechos fundamentales orientados a proteger los intereses superiores del menor, prerrogativas respecto de las cuales, la misma Carta afirma su prevalencia respecto de los derechos de los demás.

En el plano internacional, los derechos fundamentales de los niños gozan también de un amplio desarrollo. Así, existen en la materia múltiples instrumentos internacionales que prevén el deber del Estado y los particulares de brindarles especial protección a los menores. Tal es el caso del Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos³, el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales, la Convención Interamericana de Derechos Humanos y particularmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, primer documento jurídicamente vinculante en donde confluye “toda la gama completa de derechos humanos: derechos civiles y políticos así como derechos económicos, sociales y culturales⁴.”

Esta Corporación señaló en sentencia C-507 de 2004⁵ que, los derechos fundamentales de los niños se caracterizan por ser derechos de protección, en tal sentido, implican la

necesaria adopción de una serie de medidas de carácter fáctico y de orden normativo a fin de garantizar el desarrollo armónico e integral de los menores, así como el pleno ejercicio de sus derechos. Por tal razón, deben cobijar la esfera intelectual, afectiva, deportiva, social y cultural de los menores, como dimensiones que forman parte del desarrollo integral de la persona.

Sin dejar de lado la responsabilidad que compete a la familia y a la sociedad en la realización de los derechos fundamentales de los niños, es preciso destacar el papel activo que le corresponde al Estado, el cual está llamado a actuar -especialmente- en aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la debida protección de los derechos de los menores.

La anterior premisa cobra vital importancia en relación con la garantía del derecho a la salud, prerrogativa que, a la luz de las normas constitucionales e internacionales en la materia, debe ser considerada un derecho fundamental en cabeza de los menores y cuya protección procede directamente por la vía de la acción de tutela.⁶

Al respecto, cabe recordar finalmente que -como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional en múltiples oportunidades- todo ciudadano está legitimado para asumir la defensa efectiva de los derechos fundamentales de los menores por medio de la acción de tutela, previsión que desarrolla la obligación radicada en cabeza de la sociedad en relación con la protección de sus derechos.⁷

4. Entidades a cargo del POS Subsidiado y de aquellos servicios no incluidos en éste.

De acuerdo con la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene por objeto regular el servicio público de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención⁸. Bajo tal perspectiva, el legislador creó dos regímenes de salud: el contributivo y el subsidiado.

Al régimen contributivo pertenecen las personas con un contrato de trabajo, los pensionados y jubilados, los trabajadores independientes y los servidores públicos con capacidad de pago. Quienes se afilian a este régimen deben cancelar una cotización mensual que se define de forma proporcional a sus ingresos y en contraprestación reciben la atención médica que se deriva del Plan Obligatorio de Salud.

De otro lado, en el régimen subsidiado se ubica la población más pobre y vulnerable de las zonas rurales y urbanas que no cuentan con ingresos suficientes para cubrir el monto total de la cotización que les permita vincularse al régimen contributivo y, por consiguiente, requieren un subsidio total o parcial para poder afiliarse y participar del servicio de salud.

La identificación de la población pobre y vulnerable, se realiza a través del denominado Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN), una herramienta de planeación administrativa que facilita la focalización del gasto social. El SISBEN funciona con el instrumento de encuesta en la que se analizan una serie de variables (ingresos percibidos, condiciones de vivienda, conformación del núcleo familiar, estado de salud, etc) que permiten a las autoridades administrativas ubicar a la población en los niveles 1, 2 y 3 según su grado de pobreza y determinar quienes tienen derecho a acceder al régimen subsidiado.

De esta forma se define quiénes serán los beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -POS-S-, pues éste estará dirigido a las personas que, de acuerdo con la clasificación del SISBEN, se ubiquen en los niveles 1, 2 o 3; siendo prestado por EPSs tanto de carácter público, como de naturaleza privada.

El legislador, como es lógico, también previó un sistema de atención para los servicios en salud que no estuviesen incluidos en el POS-S. Con esta idea la ley 715 de 2001, en sus artículos 43 y 44, consagró una serie de obligaciones para las entidades territoriales en materia de aseguramiento en salud de la población pobre que deba ser afiliada al régimen de salud subsidiado.

Así, respecto de las obligaciones de los municipios consagra el artículo 44:

“44.2. De aseguramiento de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud

44.2.1. Financiar y cofinanciar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y ejecutar eficientemente los recursos destinados a tal fin.

44.2.2. Identificar a la población pobre y vulnerable en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del Régimen Subsidiado, atendiendo las disposiciones que regulan la materia.

44.2.4. Promover en su jurisdicción la afiliación al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud de las personas con capacidad de pago y evitar la evasión y elusión de aportes.”

Sin embargo, para el caso en estudio, resulta aun de mayor relevancia lo consagrado por la respectiva ley en su artículo 43 en donde establece:

43.2. De prestación de servicios de salud

43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.

43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental. -subrayado ausente en texto original-

Establece la regulación legal que serán las autoridades departamentales las que tengan a cargo los servicios de la población afiliada al régimen de salud subsidiado cuando, como en el presente caso, éstos no estén incluidos dentro del mismo.

Esta regulación es complementada por lo previsto por la ley 1122 de 2007, que estableció en su artículo 20 la regla de contratación de estos servicios. Preceptúa la disposición mencionada:

ARTÍCULO 20. PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD A LA POBLACIÓN POBRE EN LO NO CUBIERTO POR SUBSIDIOS A LA DEMANDA. Las Entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda. Cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas. -subrayado ausente en texto original-

Finalmente, cabe señalar que es la resolución 5334 de 2008, del Ministerio de la Protección Social, el cuerpo normativo que con detalle indica qué entidad debe realizar la atención en casos como el que ahora ocupa a la Corte:

“Artículo 2°. Atención de eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado - No POS-S. Cuando un usuario afiliado al Régimen Subsidiado requiera la atención de un evento no incluido en el plan obligatorio de salud del Régimen Subsidiado, se deberá proceder de la siguiente manera:

1. Por parte de la institución prestadora de servicios de salud que lo esté atendiendo:

a) Si la institución prestadora de servicios de salud tiene habilitado el servicio y el mismo está incluido en el contrato con la dirección de salud departamental o distrital, o municipal en municipios certificados en salud, deberá prestar los servicios en los términos del contrato o acuerdo de voluntades celebrado.

b) Si se trata de servicios posteriores a la atención inicial de urgencias, y la institución prestadora de servicios de salud no tiene contrato con la dirección de salud departamental o distrital, o municipal en municipios certificados en salud, o teniéndolo, el servicio requerido no está habilitado, la institución prestadora de servicios de salud diligenciará la solicitud de autorización de servicios y la remitirá directamente a la dirección de salud departamental o distrital, o municipal en municipios certificados en salud, y esta emitirá la autorización correspondiente para la atención solicitada, en el prestador que la dirección de salud defina, de acuerdo con la organización de la red por ella establecida y enviará copia a la institución prestadora de servicios de salud solicitante.”

-subrayado ausente en texto original-

Lo hasta ahora señalado deja ver que las personas que no dispongan de capacidad de pago deben ser inscritas en el POS-S y que estos servicios deben ser contratados por parte de las entidades territoriales con las EPSs, que pueden ser públicas o privadas. Por otro lado los servicios de salud no cubiertos por el POS-S serán asumidos por parte de la entidad departamental de salud -art. 43.2.2 ley 715 de 2007-, la cual debe contratar con las empresas sociales del Estado la prestación de estos servicios -art. 20 ley 1122 de 2007-.

5. Pagos que deben hacerse dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud

Como se explicó anteriormente, el sistema público de salud implementado ha previsto que se preste atención tanto a quienes tienen la capacidad de contribuir al sostenimiento del sistema, como a quienes por su situación de pobreza no puedan hacerlo. Para la atención de estos últimos fue implementado el plan obligatorio de salud con subsidio a la demanda -POS-S-.

Con respecto a las sumas que deben pagarse para acceder a los beneficios del sistema ha de decirse que el art. 187 de la ley 100 de 1993 trata el tema de las cuotas moderadoras, los pagos compartidos y los deducibles los cuales fueron previstos como un mecanismo de racionalización del uso que los usuarios dieran al sistema de seguridad social en salud. La mencionada disposición consagra:

ARTÍCULO 187. DE LOS PAGOS MODERADORES. Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras* y deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud.

La disposición transcrita consagra la regla general, que consiste en la obligación de que afiliados y beneficiarios al sistema cancelen las cuotas moderadoras y los pagos compartidos -conocidos como copagos- para acceder a los beneficios del SGSSS.

Dicha regla general fue desarrollada para el caso de los afiliados al régimen subsidiado de salud por el artículo 18 del decreto 2357 de 1995, que estableció

“Artículo 18. Cuotas de Recuperación. Son los dineros que debe pagar el usuario directamente a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud en

los siguientes casos:

- 1) Para la población indígena y la indigente no existirán cuotas de recuperación;
- 2) La población no afiliada al régimen subsidiado identificada en el niveles 1 del SISBEN o

incluidas en los listados censales pagarán un 5 % del valor de los servicios sin exceder el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente por la atención de un mismo evento y en el nivel dos del SISBEN pagarán un 10% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes;

3) Para la población identificada en el nivel 3 de SISBEN pagará hasta un máximo del 30% del valor de los servicios sin exceder el equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes por la atención de un mismo evento;

4) Para las personas afiliadas al régimen subsidiado y que reciban atenciones por servicios no incluidas en el POS-S, pagarán de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del presente artículo;

5) La población con capacidad de pago pagará tarifa –subrayado ausente en texto original-

De este modo puede establecerse que, en virtud del numeral 4º del decreto 2357 de 1995, por los servicios requeridos en el presente caso el menor Wilmar Santiago Cortés Álvarez debe pagar el 10% del valor del servicio, porcentaje correspondiente a aquellas personas pertenecientes al SISBEN nivel 2 que requieran servicios no incluidos dentro del POS-S.

Siendo esta la regla general –el que deban cancelarse cuotas moderadoras o pagos compartidos-, existen excepciones al pago de estas sumas por parte afiliados al sistema, todas con el fundamento conceptual claro: que los mismos no se constituyan en un obstáculo para el acceso a los beneficios del sistema general de salud.

En este sentido existe una hipótesis concreta consagrada por la ley 1122 de 2007, que en el literal g) de su artículo 14 establece:

‘g) No habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del Sisbén o el instrumento que lo remplace;

Sin embargo, la consagración más clara y amplia al respecto la proporciona la propia ley

100, nuevamente en el artículo 187 que previó que “En ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. Para evitar la generación de restricciones al acceso por parte de la población más pobre”. –subrayado ausente en texto original-.

En este sentido debe entenderse que la cancelación de los pagos moderadores es un deber de los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud conforme a lo dispuesto en el artículo 160 de la Ley 100 de 1993 y, por consiguiente, no constituye una afectación de los derechos a la vida y a la salud de los afiliados. No obstante, es preciso señalar que los pagos moderadores no se pueden constituir en barreras para el acceso de los más pobres al servicio de salud⁹, lo que implica que si bien las E.P.S., las I.P.S. y las entidades territoriales están facultadas para exigir su pago, ello no les permite establecerlo como un condicionamiento sine qua non para la prestación del servicio, como quiera que en ocasiones las personas no cuentan con los recursos suficientes, de modo que una exigencia en tal sentido afectaría los derechos fundamentales a la vida, la salud y el mínimo vital de los afiliados.

Es este el régimen establecido para el pago de servicios, citas o medicamentos aplicable al régimen subsidiado de salud, el cual debe entenderse siempre con fundamento en el principio constitucional de Estado Social y como concreción de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social, máxime cuando, como en el presente caso, se trata de la protección de los derechos fundamentales de un menor.

6. Principio de integralidad del derecho a la salud. Casos en los que procede la orden de tratamiento integral y exoneración total de los pagos moderadores

Existen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integralidad de la garantía del derecho a la salud. Una relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que tienen las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir necesidades preventivas, educativas, informativas, fisiológicas, psicológicas, entre otras.¹⁰

Desde esta segunda óptica, el principio de integralidad puede definirse en general como la obligación, en cabeza de las autoridades que prestan el servicio de salud en Colombia,

de suministrar los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, seguimiento y demás requerimientos que un médico tratante considere necesarios, para atender el estado de salud de un(a) afiliado(a)¹¹; con límite únicamente en el contenido de las normas legales que regulan la prestación del servicio de seguridad social en salud y su respectiva interpretación constitucional.

El mismo legislador en la Ley 100 de 1993 consagró este principio en el numeral 3° del artículo 153 cuando señaló que: “El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”. De igual forma, el literal c del artículo 156 ibídem expresa que “Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”

Resulta frecuente que las solicitudes elevadas a los jueces de amparo versen justamente sobre el reconocimiento de un conjunto de prestaciones relacionadas con una determinada condición de salud de una persona, que ha sido determinada por un médico.

En los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para el juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.

De este modo, el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante

ellas prestaciones futuras e inciertas.

En todo caso, debe precisarse de manera clara que el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente. En tal sentido, se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante.

La falta de atención respecto de este punto, puede derivar en que los jueces de tutela incurran en dictar órdenes indeterminadas, contrarias al ordenamiento jurídico cuyo cumplimiento pueda resultar problemático a la hora de disponer las acciones necesarias para brindar la atención a los(as) afiliados(as) y beneficiarios(as), por parte de las entidades prestadoras del servicio de salud.

En este orden, el principio de integralidad de la garantía del derecho a la salud, ha encontrado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional criterios puntuales a partir de los cuales se configura la obligación de prestar de manera integral el servicio de salud. Así, cumplidos los presupuestos de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, ante la existencia de un criterio determinador de la condición de salud de una persona, consistente en que se requiere un conjunto de prestaciones en materia de salud en relación con dicha condición¹², siempre que sea el médico tratante quien lo determine, es deber del juez o jueza de tutela reconocer la atención integral en salud.¹³

La Corte Constitucional ha encontrado criterios determinadores recurrentes en presencia de los cuales ha desarrollado líneas jurisprudenciales relativas al reconocimiento de la integralidad en la prestación del servicio de salud. Así, esta Corporación ha dispuesto que tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional¹⁴ (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) personas que padezcan enfermedades catastróficas¹⁵ (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios.

Lo anterior no debe ser interpretado como una especificación exhaustiva, pues es

posible encontrar otros criterios razonables mediante los cuales se pueda hacer determinable la orden de atención integral en salud, como lo ha hecho en algunas ocasiones la Corte, por ejemplo en casos en que la situación de salud de una persona es tan precaria e indigna (sin que se trate de un sujeto de especial protección o de alguien que padezca de una enfermedad catastrófica), que se ordena el reconocimiento de todas las prestaciones que requiera para superar dicha situación¹⁶.

Ahora bien, la solicitud de atención integral puede ir dirigida no sólo en el sentido de ordenar ésta en sí misma, sino también para lograr su prestación sin la cancelación de pago moderador alguno¹⁷. Caso en el cual, el juez de tutela, además de comprobar la procedencia de la orden de tratamiento integral según lo dicho anteriormente, debe verificar el cumplimiento de los requisitos de exoneración de este tipo de pagos ya expuestos con anterioridad.

7. El Caso Concreto

Ante la Corte se presenta el caso de la señora Gloria Cristina Cortés Álvarez quien interpuso tutela en nombre de su hijo, el menor Wilmar Santiago Cortés Álvarez, con el objeto de que fuera exonerado de la obligación de cancelar las cuotas moderadoras y los pagos compartidos -copagos- que su condición de afiliado al POS-Subsidiado perteneciente al nivel 2 del SISBEN le impone.

Como fue narrado en los hechos de la acción, el menor sufre de síndrome nefrótico, lo que lo obliga a asistir a una cita con el especialista en nefrología pediátrica cada 15 días -debiendo cancelar un valor de \$21.300 por cada cita-; a exámenes de albumina, colesterol total, creatina, proteinuria, triglicéridos y parcial de orina con una periodicidad de 15 días -debiendo cancelar un valor de \$29.900 en cada ocasión en que le son realizados-; igualmente, el tratamiento del síndrome nefrótico se requiere además de medicamentos como la prednisolona (seis tabletas diarias aproximadamente), sucralfote (3 tabletas diarias aproximadamente) y nifedipina (15 tabletas diarias aproximadamente).

De acuerdo con la accionante, los constantes cuidados que la condición de su hijo le exigen motivaron su renuncia al trabajo, circunstancia que la tiene en una situación económica difícil, con la consecuencia de hacer excesivo para su presupuesto el pago de

las cuotas moderadoras y los copagos a que los afiliados al POS-S que pertenecen al SISBEN nivel 2 se encuentran obligados. Por esta razón solicitó al juez de tutela se exonere a su hijo de la cancelación de estos pagos.

En primera instancia no fue acogida la solicitud de la accionante, por considerarse por parte del juez de tutela que hasta el momento no le había sido negado ningún servicio al menor Cortés Álvarez por parte del hospital Federico Lleras, ESE que tiene a cargo la atención del menor; respecto de las cuotas moderadoras y los copagos consideró el juez que los mismos se ajustan a lo establecido por el art. 18 del decreto 2357 de 1995 y que, por lo tanto, no se vulneraba con esta exigencia el derecho a la salud o cualquier otro derecho fundamental del menor.

Resalta la Corte que este tipo de interpretaciones son contrarias a la Constitución y su violación, no sólo desconoce derechos fundamentales, sino que va en contra del abundante precedente constitucional en esta materia.

En efecto, en distintas ocasiones ha manifestado la Corte que la Constitución, en cuanto norma suprema, debe inspirar la hermenéutica de las disposiciones infra constitucionales, ya sean éstas elaboradas por el legislativo o el ejecutivo. En este sentido es la protección del derecho fundamental a la salud del menor y, en consecuencia, el derecho fundamental a la seguridad social en salud los que deben inspirar la interpretación que los operadores jurídicos hagan de las disposiciones que concretan y garantizan el ejercicio de estos derechos, máxime cuando se trata de los jueces que integran la jurisdicción constitucional.

Resalta la Corte que el entendimiento del artículo 44 de la Constitución -al consagrar la salud como un derecho fundamental de los niños y niñas con prevalencia en nuestro ordenamiento constitucional- crea la obligación de proteger este derecho, incluso por encima de otros bienes constitucionalmente protegidos. En ese sentido, resulta perfectamente coherente lo dispuesto por el artículo 187 de la ley 100 de 1993 respecto de los pagos que deban hacer los usuarios de los sistemas de salud, en el sentido de prever que “[e]n ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres”. Esta es una disposición que resulta acorde con la garantía fundamental prevista por la Constitución, por cuanto prevé que un factor

económico –como son los pagos que racionalizan el acceso al sistema- nunca podrán ser un impedimento de acceso a la protección brindada por el sistema para aquellos más vulnerables a este factor: los más pobres.

Este es el razonamiento que se extraña en el fallo de primera instancia, por cuanto ante el caso de un menor que está en riesgo inminente de sufrir un perjuicio irremediable por la imposibilidad de su madre para asumir los pagos moderadores, se descarta por una interpretación exegética y parcial de las normas que regulan el caso, desconociendo con su resultado la protección iusfundamental que busca garantizar la Constitución.

En el caso objeto de estudio al menor Wilmar Santiago le están siendo exigidos los pagos moderadores previstos por el cuarto numeral del artículo 18 del decreto 2357 de 1995 para los afiliados al POS-S que se encuentren en el nivel 2 del SISBEN, es decir, el 10% del valor de los servicios prestados por las IPS, sin que este valor pueda exceder de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Su madre manifestó en la acción de tutela la gran dificultad que significa cancelar dichos pagos moderadores con la frecuencia a que obliga el tratamiento de la afección de Wilmar Santiago.

Ante esta manifestación la Corte, en aplicación de la protección que se deriva del derecho fundamental a la salud del menor y del artículo 187 de la ley 100 de 1993, ordenará que el menor sea exonerado de los pagos moderadores que su nivel de SISBEN le obligarían asumir.

Para demostrar la falta de capacidad económica para asumir el costo de los pagos moderadores en general, esta Corporación ha acogido el principio general del derecho procesal civil en materia de carga de la prueba, según el cual le corresponde al actor probar el supuesto de hecho de la norma que invoca, pero ha señalado ciertas reglas en la materia. En sentencia T-683 de 2003¹⁸ se consideró que las reglas probatorias en materia de incapacidad económica son las siguientes:

“(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no

existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad (vi) hay presunción de incapacidad económica frente a los afiliados al SISBEN teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población”.

De manera que obra en este caso la presunción de falta de capacidad de pago por parte de la accionante y de su hijo por pertenecer ambos al nivel dos del SISBEN y haberlo manifestado así en la acción interpuesta –folios 33, 3 y 4 cuaderno principal-. Sin embargo no es este el único requisito que se exige para proceder a la exoneración de los pagos moderadores. Es necesario, además, verificar (i) que la falta de servicio médico o del medicamento vulnera o amenaza el derecho a la salud del menor, (ii) que el interesado no pueda acceder al servicio o medicamento a través de otro plan de salud que lo beneficie y (iii) que el servicio o el medicamento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS o ARS de quien se está solicitando el tratamiento.

En el presente caso es claro que i) el síndrome nefrótico implica una afección a la salud que de no ser tratado afecta gravemente la integridad física de la persona e incluso su vida; ii) el menor Wilmar Santiago no tiene otro plan de salud que le permita acceder a los servicios que requiere el tratamiento de la afección que padece; y iii) que los exámenes, controles y medicamentos que requiere el tratamiento de dicha afección han sido prescritos por médicos de la IPS contratada por la secretaría Departamental de Salud del Tolima –folios 34 y 35 cuaderno de Revisión-.

Por estas razones se ordenará que, mientras las condiciones económicas del menor se mantengan, los servicios de salud requeridos por el menor sean prestados sin la exigencia de pago alguno.

Adicionalmente, la Sala ordenará que la exoneración en los pagos cubra todo lo que se necesita para atender en debida forma el síndrome nefrótico que padece Wilmar Santiago. En efecto, la exoneración de cuotas moderadoras, pagos compartidos o cualquier otro costo racionalizador del sistema que pueda ser requerido se aplicará respecto, no sólo de los controles, medicamentos, exámenes y tratamientos mencionados por la madre del menor o por la médica tratante¹⁹, sino respecto de aquellos que en desarrollo del tratamiento de dicha afección requieran ser realizados, pues es esta la manera de garantizar de forma real y efectiva el derecho a la salud que ahora se busca proteger.

En conclusión, en el presente caso procede la exoneración de la cuota de recuperación y la orden a la entidad territorial y a la IPS correspondiente de prestar el tratamiento integral del síndrome nefrótico del menor Wilmar Santiago sin costo alguno.

IV. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida dentro del asunto de la referencia en primera instancia por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Ibagué y, en consecuencia, CONCEDER el amparo a los derechos a la salud y a la seguridad social del menor Wilmar Santiago Cortés Álvarez.

Segundo.- ORDENAR a la Secretaría de Salud del Departamento del Tolima que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, realice los trámites necesarios para exonerar al menor Wilmar Santiago Cortés Álvarez del pago de las cuotas moderadoras, los pagos compartidos o cualquier otro valor que, en su condición de afiliado al POS-S perteneciente al SISBEN nivel 2, tuviera que cancelar para

acceder a todos los servicios de salud requeridos para tratar el síndrome nefrótico que padece.

Tercero.- Por Secretaría LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

Ausente con permiso

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Corte Constitucional. Sentencia T-429 de 1992 (protege el derecho al acceso a la educación normal frente a la educación especial); sentencias T-523 de 1992; T-217 de 1994; T-278 de 1994; T-339 de 1994 (protegen el derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella); sentencia T-524 de 1992 (protege el derecho de los niños al libre desarrollo de su personalidad); sentencias T-067 y T-068 de 1994 (protegen el derecho de los niños a la igualdad de oportunidad en colegios bilingües; sentencias T-378 de 1994, T-068 de 1994, T-204 de 1994 (protegen el derecho de los niños a la vida y a la salud; sentencia T-466 de 1992 (protege el derecho de los niños a la recreación.

2 Consultar, entre otras, las sentencias T 402 de 1992, SU-043 de 1995 y C-157 de 2002.

3 Artículo 24: Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna (...) a las medidas de protección que su condición de menor requiere.”

4 De la lectura de la Convención sobre los Derechos de los Niños resulta patente que: (i) con independencia de su lugar de nacimiento, de su raza, de su género, de su cultura o condición social, todos los niños del mundo, sin excepción, gozan de derechos humanos; (ii) estos derechos no son el producto de una concesión, favor o donativo sino que corresponden a cada uno de los niños sin distinción, tanto a los niños que habitan países subdesarrollados, como a aquellos que proceden de países desarrollados; (iii) los derechos de los niños se aplican por igual a los niños pertenecientes a distintas edades y no aparecen tan sólo cuando opera el tránsito de la adolescencia a la edad adulta; (iv) todos los derechos contenidos en la Convención tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales, económicos y culturales se relacionan estrechamente y se orientan de manera indivisible a buscar el desarrollo integral de las niñas y de los niños; (v) dado el número de países que han aprobado y ratificado la Convención se establece por primera vez en un documento con precisos alcances jurídicos, la necesidad de asegurar el bienestar y el desarrollo de la niñez como *conditio sine qua non* para el respeto de su dignidad humana; (vi) la familia cumple un papel muy destacado en la vida de los niños. En este sentido, los artículos 5º, 9º, y 18 de la Convención, entre otros, mencionan a la familia como grupo fundamental de la sociedad y como entorno propicio para el crecimiento y desarrollo integral de los menores.

5 En aquella ocasión le correspondió a la Corte pronunciarse sobre la constitucionalidad de inexecutable parcial de los artículos 34 y 140, del Código Civil.

6 En tal sentido, ver sentencias T-640 de 1997, T-556 de 1998, T-514 de 1998, T-610 de 2000, T-1346 de 2000, T-659 de 2003, entre otras.

7 Así, por ejemplo, sentencia T-758 de 2005.

9 Ver Sentencias T-037 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-459 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-837 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

10 Sobre el particular se puede consultar las sentencias T-926 de 1999, T-307 de 2007 y T-016 de 2007, entre otras.

11 Consultar Sentencia T-398-08 y T-518 de 2006

12 Ver sentencia T-581-07.

13 Ver sentencia T-398-08.

14 Ver Sentencia T-459 de 2007

15 Ver Sentencias T-584-07, T-581-07 y T-1234 de 2004.

16 Ver por ejemplo, las sentencias T-160 de 2007 y T-459 de 2007

17 Ver por ejemplo, la sentencia T-581-07.

18 Ver también las sentencias T-306 de 2005, T-829 de 2004 y T-113 de 2002 entre otras.

19 Concepto de la Dra. Idaly Parra, médica tratante del menor en el Hospital Federico Lleras Acosta, en donde establece que:

i. se trata de un menor con síndrome nefrótico idiopático –“con primera recaída en diciembre de 2008”;

ii. requiere controles mensuales de nefrología pediátrica con resultado de los exámenes de laboratorio de albúmina, colesterol, triglicéridos y proteinuria en orina de 24 horas;

iii. requiere control cada tres meses de nefrología pediátrica con resultado de exámenes de nitrógeno uréico, creatina sérica y depuración de creatina.

iv. debe continuar con prednisolona.